

新しい法定後見制度の基本的骨格についてのイメージ

新潟大学法学部

上山 泰

*本資料は、これまでの研究会における議論を踏まえ、現行の法定後見制度に代えて新たに導入すべき制度の基本枠組みに関する筆者の現在の大きな構想を示すとともに、研究会資料によって提起された改正に係る諸論点に対する現時点での筆者の基本的な考え方をまとめたものである。本資料の趣旨の1つは、第12回研究会で提出された青木委員による意見書（以下、青木意見書）の対案を示すことにあるが、新制度の設計に係る基本的な方向性に対する筆者の認識は青木意見書と対立するものではなく、むしろ理念的には全面的に賛同できることが多い。したがって、本資料のささやかな意義は、青木意見書と基本的な認識を共有した上で、あえて別個の形態の制度設計が可能であるかを試みる一種の思考実験を行った点にある。青木意見書との相乗効果によって、本資料が今後の議論の外延を浮かび上がらせることにつながれば幸いである。なお、執筆にあたっては研究会における各委員の発言等から示唆を得た箇所も少なくないが、資料の性質上、明確な引用ができなかったことをあらかじめお詫びする。

第1 新制度の設計についての基本的な考え方

①本人の同意の有無を基準として、現行3類型を2つの異なる制度¹として再構築する。

¹ 現行の法定後見の仕組みに対する主要な理念的批判としては、法定後見制度に基づく支援者による代理決定の正当化が、①本人の同意を欠く強制的措置であり、基本的人権である自己決定権を侵害するおそれがあること、②パターンリズムに基づく国家による介入として実施される仕組みであること、③障害を理由とする差別的な異別処遇であること等を想定することができる。周知のとおり、障害者権利条約12条に関する一般意見1号は、特に③の観点から障害を理由とする代理・代行決定の仕組み（代理人による支援の仕組み）を全廃して、意思決定支援の仕組みへと転換すること（意思決定能力に困難を抱える者に対する支援手法の全面的なパラダイム転換）を要請している。これに応えるためには、新制度の法律要件から機能障害の存在を排除する（あるいは、少なくとも機能障害を相対的な考慮要素に留める）ことを正面から検討する必要がある。他方において、仮に③の観点からの批判を回避できたとしても（仮に新制度の法律要件から機能障害の要素を完全に排除できたとしても）、少なくとも①の観点から、その介入はやはり必要最小限の範囲に留めることが望ましいように思われる。筆者は、成年者の保護のためにする強制的な代理権の設定の措置を現状では残さざるを得ないと考えるが、上記の理由から、新制度の設計にあたって最も留意すべき要素は「本人の同意の有無＝強制的要素の有無」であると解している。青木意見書が示す基本的な考え方の方向性について、筆者は全面的に賛同するものであるが、不同意のケースを同一制度内の例外として整理することは、制度の利用開始要件の中における「本人の同意の有無＝強制的要素の有無」の意義を結果的に希薄化させてしまうおそれがあると感じる。また、仮に同意の有無を利用開始の可否に関する総合的判断の一考慮要素とするような建付けをとった場合は、制度の利用全体に占める強制措置の割合を統計的に明示することが困難となり、制度運用の核心部分が不透明となる（本人の同意を軽視する運用に墮する）懸念が生じる（ただし、青木意見書は同意のない場合を別建てとする構想のように見える。なお、「必要性につきより厳格な審査を要する」旨が、仮に法律要件の一部として明示的に組み

- ②弱いパターナリズムによって正当化される不同意型の制度（成年保護特別代理人制度）をラストリゾートとしての法定後見制度として位置づけ、これによる介入の最小化を図るとともに、本人の意思や選好を尊重するための仕掛けを組み込む。
- ③本人の自己決定権を基盤としつつ、弱いパターナリズムの補完によって正当化される同意型の制度（修正型補助制度）を日本型の意味決定支援制度として位置づけ、判断能力不十分者を含む広義の意思表示困難者を対象とする法的支援の原則的な仕組みとして整備する。

第2 成年保護特別代理人制度〔不同意型：ラストリゾートとしての法定後見制度〕

☞研究会資料2及び8で提案された成年保護特別代理人制度を必要性の原則と補充性の原則を踏まえた不同意型の必要最小限の代理権付与の仕組みとして導入する²。

1 開始要件の整理

(1) 必要性の原則

- ☞①「法律行為を伴う特定の事務を行う具体的な必要性」と、②「当該事務の実施に当たって第三者に（成年保護特別代理人制度による）代理権を付与することについての具体的な必要性」の2つの充足を制度の開始要件の判断に組み込む。
- ☞支援拒否事案を含めて制度利用に対する本人の同意がないことを、②の要素として評価する³。
- ☞①②を充たす事務が複数ある場合は、各事務の範囲を特定した上で、複数の事務に係る代理権の付与を認める。ただし、①②の充足必要性から、包括的代理権の付与は禁止される。

込まれた場合には、青木意見書の新制度は一元的な外形をとりつつ、実質的には制度内に2つの類型（現行補助の3種の運用パターンの整理とは異なる制度的な類型）を残すことになるようにもみえる。）。

² 第12回提出の青木委員意見書（以下、青木意見書）が提案する特定代理人制度が、例外的に本人の同意なしに開始される場合と基本的に同質の機能を果たすと解される。

³ 裁判所の関与による代理人の選任という手法によらなければ、差し迫った重大な危険から本人を保護することができないことを確認する。なお、支援拒否の事案については、本人による支援拒否が疾病や機能障害等の事情に起因した本人にとっても不合理である決定（たとえば妄想状態等の症状の影響から脱した時点で本人があらためて熟慮したならば、本人自身不合理な態度であったと感じるような支援拒否）である場合にのみ、成年保護特別代理人制度による介入が認められるものとする。

(2) 補充性の原則

- ☞ 成年保護特別代理人制度よりも本人に対する制約の少ない他の支援手段による代替可能性がないことを制度の開始要件とする。ただし、これを独立の要件とはせず、この内容を必要性の原則のコロラリーとして、①⑥の評価に吸収することも考えられる。
- ☞ 代替的な他の支援手段としては、任意後見制度の利用のほか、意思決定支援、任意代理、事務管理（民697：家族によるいわゆる事実上の後見を含む）、日常生活自立支援事業、持続可能な権利擁護支援事業（現モデル事業）等が想定される。
- ☞ 他の手段による代替の是非の判断に当たっては、対象となる事務（特に事務に含まれる処分行為）の重要性の程度、本人の権利利益保護のための制度的保障（事務のチェック体制等）の有無、家族の過重負担防止等の諸要素を総合的に評価することになるか。大まかなイメージとしては、重要な法律行為を伴う事務については、現行任意後見制度のような監督体制を持つ仕組みによってのみ代替可能と捉えることが穏当であるように思われる⁴。他方、日常生活に関する行為（民9ただし書）については、原則として本制度の対象行為から外す方向で検討すべきと考える⁵。

(3) 対象者

- ☞ 対象となる特定の事務について、当該事務の処理に必要な民法上の意思表示を自ら行うことができず、かつ、この事務を他人に委ねる旨の意思表示⁶または同意⁷を行うこともできない常況にある成年者を対象者とする。
- ☞ 未成年者を対象から外すことにより、（親権者と同等の包括的権限を持つ法定代理人を選任する）未成年後見制度と完全に分離する（「後見人」というカテゴリーを廃棄する）。

(4) 開始要件の規定ぶり

⁴ 逆にいえば、必要性の原則及び補充性の原則の帰結として、成年保護特別代理人の代理権は、主として「本人にとって重大な影響を与えるような法律行為」を対象としたものとして、運用されるべきこととなるように思われる。

⁵ 成年保護特別代理人制度は、形式上は障害者権利条約に関する一般的意見1号との抵触が問題となり得る仕組みであるため、本人保護のための最後の手段としてのみ運用されるべきこととなる。したがって、この観点からも、（この点を必要性の原則の解釈に委ねるか、あるいは、より明確な規定として明文化するかはさておき）対象となる事務は、重要な法律行為（重要な法律行為に関する代理権）を伴う事務に限定すべきであると思われる（注4も参照）。

⁶ 任意代理による対応が可能な場合は原則としてこれによることになる。ただし、本人の判断能力が低下した後の設定である場合については、当該委任ないし準委任に関する意思能力の有無が一般的に問題になるほか、本文で示した補充性の原則との関係が問題となる。なお、この場合については、適正な意思決定支援のプロセスを制度的に組み込んだ即効型任意後見契約の利用によって、成年保護特別代理人制度の回避を認める余地があろう。

⁷ 特定の事務について自ら意思表示をすることはできないが、これを他人に委ねることは同意できる状態にある場合には、後述の修正型補助制度の利用が優先されるべきと解される。

- ☞大前提として、特定の機能障害（精神上の障害〔民7等〕）の存在のみをもって制度の開始に機械的に結び付ける医学モデル的な要件は採用すべきではない。
- ☞要件の大枠は、④「対象となる事務（もしくは代理権⁸）の特定」+⑥「当該事務に係る民法上の意思表示を自ら行うことができない常況にあること」かつ「当該事務を他人に委ねる旨の意思表示または同意を行うこともできない常況にあること」となる。⑥は本人の属性に係る要素であるが、個別事情の下で必要性の原則を踏まえて④と相関的に評価されることになる⁹。
- ☞⑥に機能障害の存在に係る文言を組み込むかについては、なお検討する必要がある。仮に組み込むとすれば、少なくともスティグマ性の強い「精神上の障害」との文言は削除し、これを青木意見書が採る「病気、障害、その他の事情」という一般化した例示的表現に変えることが有力であろう。もっとも、これら諸要素が文字通りの例示にすぎず、対象者を限定する機能を現実には持たないのであれば、むしろ例示をすべて外してしまう方が障害者権利条約との整合性を説明しやすいようにも思われる¹⁰。

⁸ 成年保護特別代理人の代理権ないし職務範囲の特定方法としては、現行の保佐・補助と同様の代理権を基準とする方式のほか、職務を基準とする方式（一定の職務を明示して、この職務の遂行に必要な範囲内で代理権の行使を認める）等が考えられる。もっとも、現在の家裁実務における保佐・補助の代理行為目録や、任意後見契約に関する法務省令における附録第1号様式の代理権目録のように、代理権付与の対象となる特定の法律行為を抽象的な法律行為の種類によって指定した場合は、後者の方式によって本人の生活上の行為の類型を職務対象として指定する場合と大差は生じないようにも思われる。

⁹ こうした定式が要件の社会モデル化を十分に達成しているかについては判断しがたいが、第5回研究会のヒアリング時に提出された当事者団体の改正提案「事理を弁識する能力が不十分であって、かつ、相当の理由が顕著となる事由が発生した者については、家庭裁判所は、…補助開始の審判をすることができる。」（全国「精神病患者」集団「成年後見制度の見直しに係る民法の一部改正に係る要望（法律要望事項対照版 ver.3）」参照）と同構造であることから、当事者からも一定の理解を得られるのではないかと考える。

¹⁰ （意思決定能力の不十分性の一因である）機能障害に係る明文上の限定を外す場合、「研究会資料11」6頁以下が指摘する「ア 他制度との区別」「イ 対象行為の限定」の2点の課題に対応する必要がある。後者については、⑥の定式に民法上の意思表示等の文言を組み込むことで、解釈論上、一定の制約を導くことが可能ではないかと考える。前者については、さしあたり以下のように考える。相続財産管理人・清算人・遺言執行者については対象者の死亡を前提とした仕組みであるため、区別は比較的明確であると思われる。また、他の仕組みについても、補充性の原則を踏まえた整理を通じて、一定の区別を行うことが可能であろう。まず委任については、⑥の後半の要件から対象の事務について新規の委任契約を締結できない者が対象となるため、区分は可能と思われる（また、そもそも裁判所による代理権の設定という手続面の区分でも足りるようにも感じられる。）。不在者財産管理人及び所有者不明土地・建物管理人との区分はこれらが物理的意味における不在者を対象とする仕組みである点から区別可能と解される（後者は所有者特定不能事案を含むが、この場面では成年保護特別代理人との重複は問題とはなりがたい。）。管理不全土地・建物管理人とは対象場面が一部重複しうるが、対象財産の管理行為で足りる場合は補充性の原則からこの制度を優先的に利用し、処分行為の必要がある場合には、成年保護特別代理人を選任することになると思われる（裁判所の許可による処分には所有者の同意を要するため（民264条の10③））。

2 対象行為の限界づけ

☞ 事実行為及び公法上の行為が職務範囲に含まれるかという問題については、現行法と同様の解釈論により対応が可能であると考え。前者については、「研究会資料 11」7頁の整理（〔成年保護特別代理人の職務範囲である〕法律行為に付随する事実行為と本人の身上を保護する観点から必要となる事実行為については、業務範囲になり得る）で足りると考える。後者についても、〔成年保護特別代理人の職務範囲である〕私法上の法律行為に付随する（あるいはこれと密接に関係する）行政手続（たとえば不動産売買契約の履行行為の一部である登記申請手続や公的介護サービス契約利用の一連の手続の一部である要介護認定申請手続やその異議申立手続等）は、解釈論を通じて職務範囲と理解することが可能であり、それで足りると思われる¹¹。

3 本人の行為に関する位置づけ（行為能力制限の排除可能性）

☞ ラストリゾートとしての位置づけの観点から介入の最小化を最大限に追求する思考実験を行った場合、現状では他の仕組みによる代替が極めて困難なため必要最小限の範囲で残置せざるを得ないと思われる制度が、本人にとって重大な影響を与えるような法律行為を対象とした公的機関による代理権付与の仕組みであると解される。成年保護特別代理人はこの受け皿として機能することになる。他方において、成年保護特別代理人制度の利用者¹²に係る行為能力の制限については、以下のように意思能力制度に〔再〕吸収することで、これを廃止する余地もあるのではないかと考える。

(1) 「意思能力を有しなかった」（民3の2）旨の事実上の推定

☞ 成年保護特別代理人制度の開始要件からいって、成年保護特別代理人の職務対象とされた特定の事務に係る意思表示を本人が自ら行った場合は、通常は、その法律行為の当時において本人には当該法律行為に対する意思能力がなかった旨の事実上の推定が働くものと解される。したがって、この制度の厳格な運用が担保されている限り、別途、本人の行為能力を制限して、本人の保護を図る要請は小さいと思われる¹³。

¹¹ こうした解釈論の採用は、公法上の行為に関する代理権を民法が正面から付与しているとの理解に必ずしも直結するものではない。また、こうした理解は、一部の公法上の行為の代理を民法上の代理権によって正当化できる場合があり得ることを示すにすぎないため、対象となりえる公法上の行為の代理を成年保護特別代理人の専権的な職務として整理する趣旨ではない。この問題の詳細については、上山泰「公法上の行為にする成年後見人の権限についての覚書」（週刊社会保障 2023年8月7日号掲載予定）を参照されたい。

¹² 修正型補助制度の利用者の行為能力制限に関する考え方は別途後述する（第3・1・(2)）。

¹³ この場合、本人が行った法律行為は成年保護特別代理人に委ねられた職務対象であることから、意思無能力無効の主張に基づく原状回復請求についても、同人に付与された代理権の範囲に当然に含まれると解することが許されると思われる。

(2) 「意思能力を有しなかった」(民3の2) 旨の法律上の推定規定の導入

仮に①の整理では本人の保護が不十分であると考えられる場合には、さらに一歩進めて、「意思能力を有しなかった」旨の法律上の推定を行う規定を導入することも一案と思われる¹⁴。ただし、①②のいずれについても、本人自身の意思表示に先立つ、成年保護特別代理人による意思決定支援の介在あるいは不介在という事情を本人の意思能力の有無の評価との関係でどのように評価すべきかという問題は残る。なお、①②のいずれについても取引の安全との抵触は生じるが、ここでの相手方のリスクは現行の後見類型の域を超えるものではないと解される。

4 支援者の職務遂行に係る義務

(1) 意思と選好に基づく最善の解釈義務の導入

「成年保護特別代理人は、その事務を行うに当たっては、本人の意思と選好に基づく最善の解釈に従わなければならない」旨の規定を導入することが望ましいと考える¹⁵。なお、現行 858 条が規定する本人意思尊重義務の趣旨はこの規定に吸収されるものと解される。

(2) 意思決定支援の前置の義務付け

成年保護特別代理人制度の開始要件からいって、代理権の行使に先立って意思決定支援を行ったとしても、実際にはそれが奏功しない場合が通例であると思われる。しかし、「全ての人は意思決定能力があることが推定される。」（「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」（以下、ガイドライン）意思決定支援の基本原則第1）ことを前提に支援を行うべきであるとすれば、現実の代理権の行使ごとに意思決定支援のプロセスを前置させることが必要であるように思われる¹⁶。したがって、規定ぶりについて

¹⁴ 意思無能力を理由とする無効主張は対象者の属性を限定しない仕組みであるため、障害を理由とする異別処遇を問題視する障害者権利条約との抵触は理論的には生じないと理解することができる。もっとも、当事者側の視点からは意思無能力の法律上の推定規定が実質的には新たな行為能力制限であると受け止められる恐れもあるため、この仕組みの是非については丁寧な検討が必要であろう。

¹⁵ 障害者権利条約の解釈の文脈において、「意思と選好に基づく最善の解釈 (best interpretation of will and preferences)」は、一般に意思決定支援の一手法として位置付けられている（条約 12 条に関する一般的意見 1 号パラグラフ 21 参照）。しかし、解釈の主体は、本人ではなく、支援者側であるから、この手法はむしろ最後の手段としての代理・代行決定の指針として理解する方が適切であると思われる（一般的意見 1 号は最後の手段としての代理・代行決定の余地すら認めないという厳格な立場を採っていることに留意する必要がある。）。なお、「意思と選好に基づく最善の解釈」の内容は、法律学における推定的意思の探求の手法と同質のものであるように感じられる。

¹⁶ ガイドラインが、後見開始の審判時点では意思能力を欠く常況にあると評価された成年被後見人に対し

はなお検討すべき点が多いものの、何らかの形で、代理権の行使に先立って、意思決定支援のプロセスを踏むことを原則とする旨の規範を制度に導入することが望ましいと考える。

(3) 意思決定支援チームの構成員の義務の位置づけ

☞ガイドラインは意思決定支援をチームで行うべきものと位置付けており、この趣旨自体は新制度にも引き継がれるべきと考える。もっとも、チームの構成員は課題ごと（あるいはさらに各課題に係る個別のミーティングごと）に流動的であることが想定されているうえ、そもそも裁判所による選任手続を経ていない者に対して、選任手続を経た成年保護特別代理人と同水準の法的義務を民法によって直接課すことは困難であるようにも思われる。他方、仮に何らかの形で明文による意思決定支援義務を成年保護特別代理人に課した場合は、当該義務の履行の一環として成年保護特別代理人に対し意思決定支援チームの編成等を求める余地はあると思われる¹⁷。この場合に、チームに参加した他の構成員が、〔成年保護特別代理人制度の効果としてではなく〕その個別具体的な引き受け行為の効果として意思決定支援に係る一定の義務を負うとすることは、解釈論の範囲で可能であるようにも思われる。

5 本人の支援者指名権

☞本人が成年保護特別代理人となるべき者を指名した場合は、その者の選任が本人の福祉に明白に反するような特段の事情がない限り、裁判所はその指名に拘束されるものとすべきである。

☞事前指示書等による事前の指名についても原則として同様に取り扱うべきと考える。

この趣旨から、本人が任意後見契約を結んでいる場合については、任意後見受任者ない

ても、本人にとって重大な影響を与えるような法律行為及びそれに付随する事実行為に関して意思決定を行う場面においては、意思決定支援のプロセスを代理権の行使に前置すべきとしていることを踏まえると、成年保護特別代理人による代理権行使時に意思決定支援の前置を不要とすることは、現行のガイドラインよりも意思決定支援の領域を後退させることになりかねない。なお、成年保護特別代理人の代理権の対象が、主としてガイドラインが意思決定支援の対象と位置付けている「本人にとって重大な影響を与えるような法律行為」となると思われることにも留意する必要がある（前注4参照）。

¹⁷ こうした解釈論による対応を超えて、「チームによる意思決定支援」というスキームを民法典の明文の中に書き込むことができるか（あるいはそもそも書き込む必要があるか）は、別途慎重に議論する必要があると思われる。なお、ガイドラインは「支援チームの編成は、本来は福祉関係者において責任を持って行うことが想定された事柄」であると整理しており、後見人等に対しては、「日頃から本人の意思決定支援のための環境整備がなされていることを前提に、ミーティング主催者とともに意思決定を支援するメンバーの選定に主体性を持って関わっていくことが望ましい。」と指摘するにとどまっている。また、そもそもガイドラインの内容は、現時点において成年後見人等の法的義務とされているわけではないことにも留意する必要がある。

し任意後見人を成年保護特別代理人となるべき者として指名したものと推定する旨の規定を置くことも一案であると思われる。

6 支援者の交代

☞現行法定後見制度上の後見人等の辞任・解任の仕組みに加えて、裁判所に後見人の交代権限を認める新たな仕組みを導入することが望ましいと考える。ただし、制度の具体的な建付けとしては、青木意見書10頁の「第6 特定代理人の選任・交代の審判」の提案を参考にしつつ、さらに検討を進める必要がある。

7 利用期間の設定と終了

☞障害者権利条約12条4項の要請も踏まえて、最長期間を定めた有期の仕組みとすることが望ましい。また、代理権行使の具体的な必要性が失われた場合には、当事者の申立てまたは裁判所の職権によって、当初の設定期間内であっても、いつでも成年保護特別代理人制度の利用を終了できる建付けとすることが必要である¹⁸。

(1) 利用期間の有期化

☞たとえば5年間等の最長期間¹⁹を法定した上で、個別の事案ごとに最適な期間を設定することが望ましい。

☞惰性的な制度の利用継続を回避するために、期間終了後の取扱いについては更新制を採らずに、新たな申立てを要することを原則とすることが望ましいと感じる。ただし、たとえば若年の知的障害者事案のように、当初期間の終了後も成年保護特別代理人による支援の必要性が残る蓋然性が高い場合に備えて、再度の申立手続等に係る利用者のコスト増を抑制するための工夫を付加しておくことも検討すべきであると考え。こうした工夫としては、①例外的な最長期間（10年等）の設定の許容、②例外的な更新制の導入、③裁判所の職権等による例外的な期間延長の容認など、種々の選択肢がありえると思われる。

(2) 必要性・補充性の消滅に伴う利用の終了の担保

¹⁸ 以上については、青木意見書8頁「第5 制度利用の有効期間の設定と取消・終了」と基本的な認識を共有するものである。

¹⁹ 最長期間の決定は政策的な判断であり、絶対的な根拠を示すことは困難であるが、現在の民法典の時間感覚の一端を示す数値として、債権の一般的な消滅時効の期間（民166）等で用いられている5年間という区切りが一応のめやすとなるように感じられる（5年間を時間的な区切りとして示す他の規定として、取消権の期間の制限（民126）、共有物の分割請求（民256）、根抵当権の元本確定期日の定め（民398の6）、買戻しの期間（民580）、期間の定めのある雇用の解除（民626）、相続回復請求権（民884）、遺産の分割の方法の指定及び遺産の分割の禁止（民908）等がある。）。

☞代理権行使の具体的な必要性または補充性が失われた場合には、当事者の申立てまたは裁判所の職権によって、当初の設定期間内であっても、いつでも成年保護特別代理人制度の利用を終了できる仕組みとする。

☞市町村長に対しても終了の申立権を与えることが望ましい。

☞実務慣行として多くの事案で1年ごとに行われている定期報告の機会において、裁判所が必要性の消滅を認識した場合には、当事者の申立てをまたずに、職権によって制度を終了させるべき旨の仕掛けを導入することも検討されてよいと思われる。

(3) 休止制度導入の是非

☞「研究会資料11」17頁等で挙げられている休止制度については、導入の必要性はないと考える。そもそも本件に係る利用者側の要望の核心は、「(利用コスト負担の問題も踏まえて)必要な時期に必要な期間だけ利用できる制度とすべきこと」という点にあると思われるが、これに応える方策としては、制度の再度の利用時において迅速な開始の担保を図る方が妥当であると考えからである²⁰。

第3 修正型補助制度〔同意型：本人の同意に基づく意思決定支援制度〕

☞制度の開始及び支援者の権限の内容と範囲に対する本人の同意を絶対的な要件として、支援者（以下、さしあたり補助人とする）の選任と支援者への権限付与を行う仕組みとする。補助人の権限は、①代理権、②同意権、③代理権＋同意権の3パターンを認め、必要性の原則及び補充性の原則を踏まえた上で、事案ごとに決定する。取消権者は本人に限定する²¹。基本構造は現行補助制度の大枠を受け継いだものといえるが、後述する同意権及

²⁰ いったん休止した制度を再開する際にも必要性の原則からの判断を要すべきとするならば、新たな申立てによって再度の利用を行う場合と比べて、実際の審判に要する手間はさほど変わらないのではないかとと思われる（再度の申立てが前回利用の終了時と時間的に近接している場合には、前回審判時の資料等をある程度活用することも認められてよいように思われる。）。また、現行制度における開始決定の審判の遅延の一因は後見人等の候補者の不足にあると思われるが、休止制度による迅速な支援の再開を保障するためには、再開に備えて前回の支援者を何らかの形で拘束しておく必要があるように思われる。休止期間中の支援者の義務をどのように考えるかは一般論としても難題であるが、仮に専門職後見人や法人後見人等をいわゆるオンコール状態で（再開時に直ちに適切な支援が行える状態で）待機させておく制度設計とした場合、その間を完全な無報酬とすることは難しいように感じられる。しかし、他方でこの状態に報酬の発生を認めると、利用者側の本来の要望にはそぐわない結果となるであろう。なお、いわゆる伴走型支援を実現するための支援の継続性の担保は重要な政策課題であるといえるが、この実現は、民法上の制度だけではなく、社会福祉制度や地域のインフォーマルの支援体制等を視野に入れた上で、別の政策的課題として検討すべきであると考えられる。

²¹ これに伴って、追認権（民122）と相手方の催告権（民20）の位置づけについても見直しが迫られることに留意する必要がある。また、補助人が取消権を持たず、同意権のみを持つという構造は、旧準禁治産宣告制度における保佐人と同様の建付けとなる。したがって、取消権を伴わない同意権では保護の実効

び取消権の意義の再定位等を通じて、障害者権利条約12条により適合的な意思決定支援制度としての再構築を行うこととする。

1 開始要件の整理

(1) 代理権付与の判断

☞ 必要性の原則を導入して、①「法律行為を伴う特定の事務を行う具体的な必要性」と、②「当該事務の実施に当たって第三者に（修正型補助制度による）代理権を付与することについての具体的な必要性」の2つの充足を求める点は、成年保護特別代理人制度と同様である（包括的代理権の付与を認めない点も同じ。）。ただし、補充性の原則の判断にも関わるが、任意代理または（即効型を含む）任意後見による支援が可能である（本人がこれらの設定に係る有効な意思表示をできる状態にある）場合についても、修正型補助制度を利用（選択）する旨の本人の意思が明らかである場合には、修正型補助制度の利用を認めるべきであると考えられる。したがって、修正型補助制度による代理権付与の必要性及び補充性の評価に当たっては、③「裁判所による公的監督を求める本人の意思の存在」と④「当該事務に関する裁判所による公的監督の必要性」の要素が併せて考慮されるべきことになると思われる。なおこうした趣旨から、ここでは、任意代理人を自ら選任できる意思決定能力はあるが、任意代理人を自ら適切にコントロールすることが著しく困難な状況にある者についても、利用の可能性を開くことが検討されてよいと思われる。典型的には進行したALS患者等による利用を想定することができる。

(2) 同意権／取消権の再構成（制限行為能力制度の撤廃可能性に向けた検討）

☞ 現行補助制度の同意権／取消権は、一般に行為能力制限の一形態として理解されている。したがって、仮に特段の修正を加えずに現行の仕組みを承継した場合、制限行為能力制度が残置されることとなる²²。たしかに、代理権と同様、同意権／取消権についても本人保護のための最後の手段として残置することをあえて正面から認めることも一つの見識ではある（もっとも、この場合でも、障害者権利条約の誠実な履行という観点から、少なくとも本人に対する制約が最小限となるような工夫を凝らすことが当然必要となる。）。しかし、他方で新制度の打ち出しを考えた場合、制限行為能力制度の完全な撤廃という課題のクリアはきわめて魅力的なものであるように思われる。そこで、以下では、①障害者権利条約12条との抵触を緩和させる方策と、②成年者に係る制限行為能力制度を撤廃する場合の方策の2つの方向で提案を行うこととしたい。

性に欠けるとの平成11年民法改正時の批判に対しても一定の応接をする必要が生じる。

²² 青木意見書の提案は、修正を通じて現行補助制度よりもはるかに抑制的・限定的な形態を実現しているが、それでも「限定された制限行為能力制度を残す」（6頁）かたちとなっている。

①障害者権利条約12条との抵触を緩和させる方策

④取消権者の本人への限定とこれに伴う取消権の意義の再定位

☞日本法上、制限行為能力者による法律行為が「取り消しうる有効な法律行為（不確定有効）」とされていることを踏まえるならば、取消権者を本人に限定する限り、自己決定権侵害の要素は極めて希薄化されることになる。それどころか、行為の効力をそのまま維持するか、それとも行為を取り消すかについての選択肢が、取消権によって本人に与えられたという見方をするならば、この場合の制限行為能力者には、むしろ通常よりも手厚く自己決定権が保障されている（意思表示の適正な実行に困難のある者（意思表示困難者）の特性を踏まえた試行錯誤権が保障されている）と理解することもできるであろう。このように考えるのであれば、行為能力制限による取消権を、「契約自由原則の形式的な適用から生じる意思表示困難者の不利益を排除するために、一定の範囲で定型的に意思表示のやり直しを許した仕組み²³」として、肯定的に評価する余地も生じてくるように思われる²⁴。

⑥意思決定支援制度としての同意権の再定位

☞現行の補助人の同意権は、取消権行使の前提として取消権と表裏をなす権限とされているため、行為能力制限のための仕組み（あるいは行為能力制限の仕組みの一部分）としての性質を色濃く有している。他方において、もともと同意権の行使のプロセスには、本人と補助人との共同的な意思決定という要素が含まれているため、この部分だけを切り出して強調するならば、同意権を意思決定支援の仕組みとして理解することは必ずしも不可能ではない²⁵。そうして、さらに進んで、同意権を取消権から構造的に完全に分離してしまえば、同意権から行為能力制限の要素を完全に排除することも可能であると考えられる。たとえば、④で論じたように、補助人に同意権のみを認めるかたち

²³ この点にクーリング・オフ制度との機能的な同質性を見て取ることもできるように思われる。

²⁴ このように理解した場合、行為能力制限による取消権には、本人による法的能力の適正な行使の機会を増加させる機能があると捉えることが可能となる。加えて、後述するように、仮に補助人の同意権行使に意思決定支援としての性格を読み込めるとすれば、取消権の発生根拠である補助人の同意の不在は、本人が適切な意思決定支援の機会を受ける機会を失った状態で意思表示を行ったことを意味することになる。そうであるとすれば、本人による取消権の行使とは、あらためて適切な意思決定支援を受ける機会を回復するための行為であると再定義することができる。こうしてみると、行為能力制限による取消権それ自体を意思決定支援の仕組みとして理解することは難しいものの、これが意思決定支援の機会を得るための基盤を形作る仕組みであるとはいえることから、「法的能力の行使に当たって必要とする支援」（障害者権利条約12条3項）と一定の親和性を持つものとして理解することは許されるように思われる。

²⁵ 同意の法的効果は本人の意思表示を確定的に有効なものとするところにあるわけであるから、同意権が行使された場合は、本人の能力制限の側面は顕在化しないことになる。これに対して、補助人が同意を積極的に拒んだ場合には、同意権の持つ能力制限的要素が表面化することになる。さらに、この状態で本人が法律行為を行い、補助人がこれを取り消した場合には、少なくとも形式上は自己決定権侵害が生じることになる。

とするならば、同意権の基本的な機能を、「意思表示困難者が行おうとする意思表示が、本人の視点からみて真に妥当といえるかについて、本人とともに再検証する機会を持つ」という点に求めることが可能となる。これは、まさしく条約12条3項がいう「法的能力の行使に当たって必要とする支援」と理解することができるので、こうした形での再定位が行われた同意権を民法に置くことは、同条が求める「障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置」の1つになると考えられる。

☞以上のように取消権から分離された同意権は、本人との関係においては、本人の行為を規制するための権限というよりも、むしろ意思決定支援を行う義務（あるいは本人に適切な意思決定支援の機会を与える義務）としての性格を持つことになるように思われる。つまり、同意権の意義を本人側から見れば、自分が同意権の対象となる法律行為を行おうとする際には、同意権の行使という形式における意思決定支援を補助人に求める権利を有しているということになり、逆にこれを補助人側から見れば、本人からのこうした意思決定支援の要請に適切に応える義務を負っているということになるわけである。他方、相手方との関係においては、本人及び補助人はともに相手方に対して、本人による意思表示の場面において、同意権の行使という形式による補助人の介入を要求できる（正当化できる）という意味を持つことになると思われる。一例をあげれば、本人及び補助人は、契約の場に補助人が立ち会うことを相手方に求めることができることになる²⁶。なお、相手方からみても、補助人の関与は法律行為の確定的な有効化の蓋然性を高めることにつながることになり、一定の利益があるといえる。

☞こうして再定位された同意権は、本人の行為能力に関する制限を個別に解除するという機能を持った制限行為能力制度のサブシステムという現在の役割から、その内実を大きく変化させたものになるため、同意権という名称を維持することが妥当であるかについても検討すべきであると思われる。

◎同意権／取消権の付与に関する本人の意思的関与の強調

☞修正型補助制度は、権限の設定に当たって本人の申立てまたは同意を要するという現行補助制度の仕組みを継承するため、制度の開始に伴って認められる補助人の代理権と同意権、及び、本人の取消権は本人の意思的関与（少なくとも本人の同意）の下で設

²⁶ もとより同意権の行使は書面等でも行うことが可能であるから、契約の場への現実の同席が常に補助人に求められるというわけではない。もっとも、「本人が意思を形成することの支援（意思形成支援）と、本人が意思を表明することの支援（意思表明支援）」を中心として、本人の意思決定をプロセスとして支援するという意思決定支援の特質（ガイドライン2頁参照）からすれば、同意権の行使の形式として、現実の立会いまでを含むことが適切であると解される場面は少なくないと思われる。また、このように解しても、必要性・補充性の原則から同意権の対象は限定されているはずであるから、補助人の負担が過剰になるという懸念は小さいと思われる。

定されることになる。加えて、上記の成年保護特別代理人制度と同様、本人の支援者指名権を認めるため、原則的には補助人を自ら選ぶことになる。このように、代理権については、関与者が公証人ではなく裁判所となるものの、即効型任意後見制度ときわめて類似した構造をとることになる。取消権についても、①②で論じたように、その主体を本人に限定し、かつ、その性質を「同意権の行使という形式による適切な意思決定支援を受ける機会を失した場合において、（自分に不利益となっている蓋然性が高い）意思表示のやり直しを行うための権利」であると整理することが許されるのであれば、これを自らの意思的関与の下で自らに留保することは、条約12条との関係でも十分に正当化できるように思われる。

②成年者に係る制限行為能力制度を撤廃する場合の方策

☞仮に、新制度から取消権を完全に排除して、形式面から完全に制限行為能力制度を廃止しようとした場合、かなりの強引さを伴うものの、一応次のような建付けを構想することができる。

④民法90条における現代型暴利行為類型としての救済可能性

☞本人の救済という観点から取消権の機能を捉えた場合、究極的には本人にとって不利益な法律行為のみを取り消せば足りるわけであるから²⁷、制度上、補助人の同意を欠く本人の行為を必ずしも一律に取消権の対象としなければならないというわけではない。この観点を推し進めるならば、修正型補助制度には、先述の意思決定支援の機能に特化した（取消権から分離した）同意権のみを残すこととして、取消権を完全に削除し、取消権が担うべき機能は民法90条に基づく（相対）無効の主張に委ねるという構想が浮上する²⁸。

☞ここで受け皿として想定されるのが、民法90条における現代型暴利行為類型である。

²⁷ 現行制度は、補助人の同意を欠く行為は本人の不利益となっている蓋然性が高いものと捉え、これを一律に取消権の対象に取り込んでおくことで、本人に対し簡便な救済手段を与えて、その安定的な保護を図ろうとするものである。判断能力不十分者が悪質商法等のターゲットとされやすい現実を考慮すれば、こうした考え方に一定の合理性があることは否定できない。

²⁸ 仮に制限行為能力制度の完全な撤廃を目指すとした場合の筆者の基本的な構想をあらためてまとめると、法定後見制度における取消権が担っている機能を、法律行為の無効を規定する民法3条の2と民法90条の2つの規定に振り分けて、本人の救済を図るというかたちになる。すなわち、当該法律行為について本人の意思能力が欠けている蓋然性が高い場面（成年保護特別代理人制度を利用している場合）については民法3条の2による救済を図りやすくする手立てをとり、必ずしもそうとはいえない場面（修正型補助制度を利用している場合）については、民法90条の現代型暴利行為類型として対応しやすくする手立てを考えるというわけである。なお、両規定を活用する利点としては、消費者被害のような取引の場面における救済だけでなく、親族や知人等からの経済的搾取といった消費者法制上の保護を及ぼすことが難しい場面についても、その救済を図ることができる点も指摘できる。

周知のとおり、実現こそされなかったものの債権法改正の過程において、これを「(2) 相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものとする。」(民法(債権関係)の改正に関する中間試案・公序良俗(民法第90条関係))という形で明文化することが試みられたという経緯がある。この中間試案の定式は、まさに現行の補助制度の取消権が担っている中核的な機能を代替できるものであり、「補助人の同意を欠いた結果として、本人に一定の不利益が生じた事案」を民法90条によって救済するという解釈論にも一定の裏付けを与えうるのではないかと思われる。この考え方をさらに推し進めるならば、補助人の同意がなかった(=民法が保障する適切な意思決定支援のプロセスが省略された)という事実の存在は、現代型暴利行為類型における主観的要素(中間試案の定式における「相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して」に相当する)の充足を強く推定させるものとして理解できるように思われる。そうであれば、現実の法律行為において本人側に一定の不利益または損害が生じているという事情が重ねて認められる限り、現代型暴利行為類型における客観的要素(中間試案の定式における「著しく²⁹過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える」に相当する)も充たすとして、民法90条による無効を主張できるのではないかと考える。なお、通説の通り、ここでの無効を相対無効として理解するならば、その効力は(特に本人の主体を限定した場合の)取消権にきわめて接近することになる。

⑥民法90条による救済を保障するための手立て

☞以上のような整理が仮に認められたとしても、これを解釈論として提示するにとどまる限り、本人の救済の安定性の面で懸念が残る。そこで、こうした救済の実効性を図るための手立てが必要となる。可能性の1つとしては、債権法改正で見送られた現代型暴利行為類型の法制化を図るとともに、これに併せて、「**補助人の同意の不存在をもって同類型における主観的要素を充足するものとみなす**」旨の規定を修正型補助制度の規制の中に盛り込むことが考えられる。これが実現すれば、本人側は当該法律行為の内容的な不公正さえ証明できれば、無効主張による救済を受けられることになる³⁰。現代

²⁹ なお、「著しく」との文言が表現する具体的な内容は、主観的要素との相関によって緩和できる余地がある(民法(債権法)改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針I 序論・総則』(商事法務、2009)61-62頁の指摘も参照。)

³⁰ 相対無効として理解するので、主張権者は原則として本人となるが、事情によっては本人側の利害関係者である補助人による主張も認める余地があると思われる。この点では、修正型補助制度の救済手段について取消権構成を採り、取消権者を本人に限定するという、上記①の提案よりも柔軟な対応を許容できることになる。

型暴利行為類型の法制化がいちど見送られたことを考えるとハードルは高いが、これが実現すれば、修正型補助制度の利用の有無にかかわらず、いわゆる「脆弱な消費者」一般の保護に大きな意義を持つというメリットがある。

(3) 同意権付与の判断

☞ ①「法律行為を伴う特定の事務を行う具体的な必要性」と、②「当該事務の実施に当って第三者に（修正型補助制度による）同意権を付与することについての具体的な必要性」の2つの充足を求めることになる。より具体的には、当該特定の事務に伴う法律行為について、何らかの事情により単独では意思決定を行うことが困難な状況にあるために、第三者から（同意権の行使という形式を踏んだ・制度的な）意思決定支援を受けることが必須であるという事情を確認すべきことになると思われる。なお、対象者としては、「定型発達ではあるが（年齢相応の知的能力は有するが）、特段の事情によって財産管理に困難を抱えている若年の成年者³¹」等にも利用の門戸を開く可能性も検討されてよいと思われる。

第4 その他の関連事項

☞ 以下では、上記の新制度の導入に関連する若干の事項について、ごく簡単なコメントを付しておくこととする。

1 支援者の報酬

☞ 本資料と青木意見書はいずれも、新制度の支援の内容を個別事案の必要に応じて設定されるべきというテイラー・メード型の仕組みを構想している。こうした仕組みにおける支援者の職務の量と質は現行制度と比べてはるかに多様性を増したものとなることが想定される。こうした事情の下で、報酬付与の仕組みについては現行通りとして、支援者の職務の金銭的評価をすべて裁判所の裁量に委ねる建付けとすることは困難ではないかと思われる。まず、利用者側が強く要望している報酬額の予測可能性の担保は、今以上に難しくなるおそれがある。また、適切な時期に必要な範囲・期間で利用できる仕組みを目指したテイラー・メード型の制度の運用にあたっては、利用開始の判断、支援者の権限の設定、適切なタイミングでの利用の終了等といった制度本体の運用それ自体に係る裁判所の負担も増すことが予想されるなかで³²、適正な報酬額の個別事案

³¹ たとえば、遺産相続を通じて多額の資産を有しているが、社会生活上の経験の不足に付け込まれて、繰り返し消費者被害にあっている19歳の者等を想定することができる。

³² 報酬の問題をさておいても、市町村、中核機関等をはじめとする地域連携ネットワークの関係者間の連携がうまくいかなければ、そもそも新制度の仕組みは十全に機能できないと思われる。また、裁判所のマンパワーの充実の必要性は、現行制度の導入時から繰り返し指摘されてきたことであり、新制度への

ごとの算定を求めつづけることは裁判所にとってかなりの重荷になるように思われる。したがって、報酬付与の仕組みについても大幅な改革が必要であると考えられる。

2 民法典の編別

- ☞既に現行制度に関しても、配偶者法定後見人制度の廃止等を通じて、親族法としての性格は薄まっていると思われる。これに加えて、仮に新制度において未成年後見制度（ひいてはこれと密接に関連する親権者制度）との構造的な分離が行われた場合には、新制度（の一部）を親族編に規定すべき根拠はますます失われることになると思われる。総則編と親族編とにまたがった現在の基本構造が、一般市民にとって制度の全体像をわかりづらくしている一因になっているのではないかと懸念もあり、新制度は民法総則編の箇所に一括して配置することを検討すべきではないかと思われる。
- ☞現在のところ、研究会においてはまだ大きな争点とはされていないが、かねてより主張されている医療同意や居所指定等の本人の人格権または人格的利益に対する支援者の権限に関する整理を視野に入れる場合には、これらの権利または利益に係る支援者による意思決定支援や代行決定の可能性やその在り方を論じる大前提として、まずは民法総則編の中にこれらの権利または利益に関する基本的な位置づけを示す規定を置くことが検討されるべきではないかと思われる。
- ☞任意後見契約に関する規定を民法典の中に取り込むことを検討すべきであると考えられる。

3 経過措置に係る課題

- ☞平成11年改正においては、後見類型は旧禁治産宣告制度の、保佐類型は旧準禁治産制度の大枠をそれぞれ承継したものであったため、新制度への意向に係るいわゆる経過措置の在り方についても、旧制度における浪費者類型の取扱いを除けば、整理が比較的簡明であったように思われる。しかし、次回の改正において仮にテイラー・メード型を基本とする仕組みへの大転換が実現した場合には、現行制度の利用者の新制度への移行は、前回の経過措置よりもはるかに複雑な考慮が必要になる可能性がある。潜在的な利用者数に比べれば現実の利用者数がきわめて少ないとの批判を受けがちな現行制度ではあるが、それでも既に25万人近い利用者が存在するわけであり、これらの者の法的地位に直接的な影響を及ぼす経過措置の取扱いは慎重に検討する必要があるのではないかと考える。なお、障害者権利条約との関係を考えて場合、少なくとも現行の成年被後見人と被保佐人については、一定の猶予期間ないし移行期間を区切った上で、基本的には全件について新制度の下であらためて審理をしないことも検討の視野に入るのではないかとと思われる。

以上

転換に当たってしかるべき対応が必要であると考えられる。